Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Danielle Oliveira, Iviê A. M. Lour[illegible]uciana Felix

Produção Editorial
Coordenação
JULIANA DE CICCO BIANCO

Analistas Editoriais: Amanda Queiroz de Oliveira, Danielle Rondon Castro de Morais, Flávia Campos Marcelino Martines, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos e Rodrigo Domiciano de Oliveira

Analistas de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite, Samanta Fernandes Silva e Victor Bonifácio

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Nusdeo, Fábio
Curso de economia : introdução ao direito econômico / Fábio Nusdeo. – 9. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Bibliografia.
ISBN 978-85-203-5910-5

1. Direito econômico I. Título.

14-12624 CDU-34:33

Índices para catálogo sistemático: 1. Direito econômico 34:33

FÁBIO NUSDEO

CURSO DE ECONOMIA

INTRODUÇÃO AO DIREITO ECONÔMICO

9.ª edição
revista, atualizada e ampliada

Prefácio
TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

1) No sistema econômico misto existem normas cuja finalidade é basicamente a de complementar ou assegurar o funcionamento do mercado e a de atenuar as suas inoperacionalidades. São as relativas à produção de bens e serviços de caráter coletivo, as destinadas a conter os efeitos externos da atividade humana, as que tutelam a concorrência, a segurança, a certeza e a adequada transmissão de informações dentro do sistema.
2) Estas normas compõem o quadro institucional do sistema, juntamente com as demais que definem os direitos de propriedade e as relações obrigacionais dos particulares destinadas a dar funcionalidade a mercado. Como mandamentos legais, todas elas têm um direcionamento. Significam uma opção da coletividade ao fazer incidir o seu feixe valorativo sobre uma dada realidade. Assim, elas visam a direcionar a atividade humana de maneira mais estável e permanente.
3) Ao seu lado, porém, o Estado promulga outras normas destinadas a um direcionamento mais imediato e específico da atividade econômica. Essa característica, a que alguns autores dão o nome de economicidade, implica mudanças bruscas no quadro institucional.
4) O Estado moderno conta com cerca de cem tipos de medidas diversas para influir sobre a economia. O número de instrumentos à sua disposição aumenta à medida que ele retira do jogo do mercado certas variáveis, fixando-as institucionalmente, ou então agindo ele próprio no mercado como um operador sob vestes empresariais.
5) Quanto maior o número de variáveis institucionalmente fixadas pelo Estado, mais centralizado vai se tornando o sistema, que passa, assim, a operar mais com base na autoridade do que na autonomia.
6) À medida que as normas, que traduzem a ação do Estado de caráter complementar ao mercado, passam a ser consideradas apenas instrumentos para a consecução de objetivos específicos de política econômica, surge o risco de se contrariarem os princípios informadores básicos de um dado sistema jurídico e seus objetivos mais permanentes.
7) Os preceitos legais correspondentes à aplicação da política econômica envolvem posições de conflito valorativo que não podem ser ignoradas quer pelo político, quer pelo economista, quer sobretudo pelo jurista.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA

MARCHAT, R. *L'économie mixte*. Paris, 1975.
NUSDEO, F. *Da política econômica ao direito econômico*. São Paulo, 1977, Caps. 4 e 6.
ORNAGHI. *Stato e corporazione*. Milano, 1984.
QUERMONNE. *Les politiques institutionnelles*. Paris, 1985.
RIPERT, G. *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*. Trad. Buenos Aires, 1990.
TINBERGEN, J. *Teoria da política econômica*. Trad. Rio de Janeiro, 1972.

10
OS SISTEMAS NA ATUALIDADE: DESAFIOS E PERSPECTIVAS – A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E O DIREITO ECONÔMICO

10.1 A nova configuração jurídica

As limitações do mercado e a colocação de objetivos de política econômica levaram os sistemas descentralizados ocidentais a evoluírem no sentido de admitir, em caráter permanente, um segundo centro decisório a atuar ao lado do mercado, descaracterizando-se como modelos típicos de autonomia, longe, porém, do outro extremo, o da centralização pela autoridade política. Daí as expressões *sistemas mistos* ou *de iniciativa dual*, ambas felizes por retratarem a nova realidade.

Da mesma forma pela qual os sistemas liberais se estruturaram com base nas constituições-garantia e na racional construção do Direito privado, segundo códigos dotados da racionalidade formal de que falava Max Weber, buscou-se, a partir da segunda década do século passado, não propriamente criar uma nova estrutura, mas sim acomodar ou acoplar uma segunda à anterior já existente. Tal trabalho exigiu uma refinada técnica jurídica, desenvolvida pouco a pouco e muitas vezes sem a intenção ou a percepção de se arquitetar as instituições próprias a um novo sistema. Aí a grande diferença entre a elaboração jurídica do período liberal e a ocorrida já a partir do primeiro após guerra, no século passado.

A primeira foi dedutiva, direta, intencional; a segunda tentativa é indutiva, no sentido de não ter sido deduzida de premissas ideológicas perfeitamente claras e definidas, mas apenas ter respondido a reclamos esparsos e difusos apresentados pela sociedade, nem sempre concatenados e consistentes entre si.

Num certo sentido, o sistema ainda está em elaboração, sobretudo para lidar com alguns aspectos problemáticos localizados na interface setor público/setor privado, de que foi exemplo a indagação, deixada sem resposta, no final do capítulo anterior.

10.1.1 As constituições programa ou social-democratas

As preocupações econômicas ingressam de maneira explícita nos textos constitucionais com a Constituição mexicana de 1917, nesta até com bastante detalhe

no tocante à regulação fundiária. No entanto, maior repercussão e impacto alcançaria a Constituição alemã promulgada em agosto de 1919 – a Constituição de Weimar – com o seu célebre capítulo sobre a Vida Econômica (*Wirtschaftsleben*) paulatinamente imitado, embora com conteúdo diverso, por outras cartas que se lhe seguiram em vários países do mundo. Registre-se, entretanto: situada entre as duas, coloca-se a Lei Fundamental soviética de 1918, com extensa matéria de natureza econômica, voltada a implantar o sistema de economia coletivista, inclusive mediante normas que expressamente aboliam a propriedade privada da terra e demais riquezas naturais.

A tal ponto disposições de caráter econômico ou dito social passaram a permear as modernas constituições, que têm os autores porfiado em lhes atribuir novas designações ou epítetos, para, numa palavra, diferenciá-las das clássico-liberais, identificadas como constituições garantia. Mesmo esta última designação é relativamente recente e correspondeu, exatamente, à necessidade de lhes fixar a índole, a base e o endereçamento para diferenciá-las daquelas surgidas no século passado. Não se cogitava de rotulá-las por qualquer forma especial, pois se entendia serem aquelas eternas em razão de a sua simplicidade e generalidade permitindo abrigar reformas futuras se e quando necessárias, sem ofensa maior aos seus princípios, há um tempo concisos, abrangentes, e tidos como *neutros*.

No entanto, a superação desta visão plácida e otimista, própria do espírito liberal, levou também à superação quase geral da ideia de constituições garantia. As Leis Magnas agora são vistas mais como constituições programa, por explícita ou implicitamente colocarem alguns objetivos ou metas para as comunidades às quais se dirigem ou, então, preverem que tais metas venham a ser periodicamente estabelecidas, através, por exemplo, de planos tendentes a materializar aspirações tais como o bem-estar, o desenvolvimento, a justiça social, a existência digna, o atendimento às necessidades básicas e assim por diante. Subjacente a elas, existe a consciência de as garantias e liberdades oferecidas no período clássico-liberal, caracterizadoras do Estado de Direito, carecerem de sentido e de viabilidade em sociedades nas quais não se tivesse conseguido assegurar padrões mínimos de existência e de atendimento das necessidades elementares aos seus membros, com algum grau de redução de disparidades sociais.

Uma outra denominação aplicada às novas Cartas é a de *constituições social-democratas* porque, como veremos, a social-democracia, movimento político e doutrinário difundido a partir de fins do século XIX, propugnava justamente pela manutenção do Estado de Direito e da democracia, mas com o seu direcionamento às necessidades *sociais*, a significar a uma mais equitativa distribuição de renda. Os autores alemães falam, assim, numa constituição econômica (*Wirtschaftserfassung*), a qual daria as bases para a ação do Estado na vida econômica, mediante o, também por eles chamado, Direito Administrativo da Economia (*Wirtschaftsverwaltungsrecht*), cristalizando-se aos poucos essa ideia de os Estados modernos terem uma *constituição econômica*, formada não apenas por capítulos especialmente dedicados

à matéria, mas igualmente por dispositivos de igual endereçamento esparsos ao longo do seu texto.

Os nomes desses capítulos onde se contêm as disposições básicas sobre a organização econômica e a ação do Estado têm variado. Na Constituição de Weimar, de 1919, ele era chamado de *Vida econômica*, na Constituição italiana de 1947, *Relações econômicas*; na espanhola de 1978, *Economia e finanças*. Em todas elas, o número de dispositivos sobre a matéria é bastante reduzido. São dez sintéticos artigos na Constituição italiana, que incluem também o setor trabalho, e nove na espanhola. Caso interessante é o da Suíça: em 1947 a Confederação promoveu uma reforma constitucional cujo principal escopo foi o de prever expressamente a possibilidade de o Estado intervir na atividade econômica, o que foi implementado, basicamente, pelo desdobramento e nova redação dada ao art. 31 da Constituição helvética de 1874, precisamente aquele que assegurava a liberdade de iniciativa, acrescentando-lhe alguns parágrafos que limitaram aquele princípio e legitimaram a presença estatal.

Note-se terem a Alemanha e a França em 1919 e 1946 respectivamente, editado Constituições contendo capítulos especiais sobre a Economia. Mas, em suas novas Constituições de 1949 (Lei Fundamental) e de 1958, deixaram de fazê-lo. Isto não significa, porém, que nelas não figurem dispositivos da espécie, os quais, porém, foram distribuídos pelas demais matérias, sem formar um corpo especial. Vejam-se, principalmente, os arts. 15, 72, 74, 75 e 109 da primeira e 34, 69 e 70 da segunda. Como bem exemplificado pelo caso suíço, em essência, os dispositivos de caráter explicitamente econômico nas constituições modernas tem por finalidade deixar assentada a possibilidade jurídica de o Estado se fazer presente no processo econômico – dentro, é claro, de limites e condições –, sem ofensa à base descentralizada do sistema.

Tais dispositivos são denominados pelos constitucionalistas de *normas programáticas*, justamente por apontarem para um programa, para objetivos a serem colocados e implementados. A sua eficácia como normas jurídicas é, pois, *limitada*, *ou contida*, devendo em sua aplicação ser cotejados ou ponderados pelos demais princípios, originários da anterior *ordem liberal* na precisa terminologia do Prof. José Afonso da Silva. Como espécie de princípios, eles servem de parâmetros para conformarem outras normas, quer na sua elaboração, quer na sua interpretação e aplicação.

O Brasil, desde 1934, conta em seus textos constitucionais com um título chamado naquela carta *Da ordem econômica e social*, denominação que se repetiu nas demais constituições que a sucederam, a qual foi, porém, desdobrada em dois títulos: na atual Constituição de 1988: o VII, denominado *Da ordem econômico-financeira*, e o VIII, com o nome *Da ordem social*. Altamente prolixa e enxundiosa, ela conta com nada menos de vinte artigos subdivididos em inúmeros parágrafos e incisos apenas no primeiro daqueles títulos. Aconselha-se a sua leitura e análise, particularmente dos arts. 170 a 175, nos quais se define o sistema econômico brasileiro como du...

ou misto, configurando-se nele, as várias modalidades de ação do Estado: direção, absorção, indução. Já o Título VIII cuida dos princípios e normas gerais relativos às relações trabalhistas, à organização da seguridade social e ação no campo da saúde, educação, comunicações etc. Nele está incluído o capítulo sobre meio ambiente, o qual mais propriamente deveria figurar no da *Da ordem econômico-financeira*, pois, como visto, o problema ecológico decorre de uma externalidade gerada pela atividade econômica que transformou os bens ambientais em bens econômicos.

10.1.2 O Direito Econômico

A ampliação da presença do Estado no sistema econômico e o seu caráter difuso, com a multiplicação de normas legais de toda a espécie para pôr em prática a política econômica, deram origem a uma mudança radical na própria forma de encarar o Direito e de aplicar as suas normas. Surge com base no capítulo constitucional dedicado à Ordem Econômica um novo direito que recebeu precisamente o nome de Direito Econômico.

No capítulo 20 deste trabalho serão apresentados em maior detalhe o surgimento e a evolução do Direito Econômico em função de sua base constitucional. Por enquanto basta ter em mente que ele tanto pode ser visto como um método de análise, interpretação e aplicação do Direito, quanto como um ramo do mesmo, contendo regras e princípios próprios. Trata-se, porém, de um ramo, muito próprio e, mesmo "sui generis" que não se acomoda facilmente na imagem da chamada "árvore jurídica" idealizada a partir da divisão básica ("summa divisio") proposta pelo jurista romano Ulpiano, ainda no século III da era cristã – ou seja, direito público e direito privado – nos seguintes termos "Nesse estudo duas são as divisões: público e privado: direito público é o que diz respeito ao estado das coisas de Roma; privado à utilidade dos indivíduos". No original: "Hujus studii duae sunt positiones: publicum et privatum: publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod as singulorum utilitatem".

Tal classificação das normas jurídicas coube, como uma luva, na ideologia liberal, que a adotou, pois estabelecia, como que uma barreira entre o público e o privado, barreira que, com o progresso da ciência econômica e da ciência política veio a cair, como visto no Cap. 7 e como ainda se verá neste mesmo capítulo.

Além do Direito Econômico propriamente dito, quer visto como método, quer como ramo, atente-se para o surgimento de uma série de novos ramos especiais na árvore jurídica dele derivados, cada um deles especializado em setores próprios, tais como o Direito urbanístico, o Direito agrário, o das comunicações, o da energia, o da mineração, o ambiental e tantos outros.

Dentro dessa visão, é imprescindível tecer a distinção entre a norma de Direito Econômico e o mero conteúdo econômico das normas jurídicas. Como sabido, tal conteúdo encontra-se na esmagadora maioria delas, mas o caráter de Direto Econômico é-lhes imprimido pelo sentido de vetorialização que assumem quando voltadas à colimação de objetivos de política econômica. Apelando, novamente, para a lúcida colocação de Max Weber, pode-se dizer que se, na fase puramente liberal, a

norma buscava ostentar uma lógica formal (ver Cap. 6). Já na era social-democrata, ela contém uma lógica material, isto é, a sua conformação a determinados objetivos explícita ou implicitamente definidos. Dá-se no Direito o processo de materialização (*Materialisierung*), a significar que a norma, além da sua eficácia puramente jurídica, precisa mostrar-se eficaz ou eficiente em termos dos resultados concretos, segundo se espera, para a sociedade.

A mesma evolução apontada genialmente por Max Weber é também apresentada por outro grande filósofo e sociólogo do Direito: Norberto Bobbio, o qual em diversos ensaios, posteriormente condensados em um livro, descreve o itinerário do Direito desde uma visão estruturalista, predominantemente estática, até uma visão funcional, predominantemente dinâmica, ou seja, destinado a cumprir determinadas funções, entre as quais sobreleva a função promocional, de levar a sociedade à realização de determinados objetivos, cumprindo, pois, uma função modificadora da própria sociedade e não mais puramente mantenedora. Esse livro (*Dalla struttura alla Funzione*) foi traduzido para o português por iniciativa do Centro de Estudos Norberto Bobbio mantido pela Bolsa de Valores do Estado de São Paulo sob o título *Da Estrutura à Função*.

10.1.3 Do poder de polícia à função social da propriedade e do contrato

No campo do Direito Administrativo, vimos (Cap. 6) como se utilizou o conceito de poder de polícia para dar lastro à ação estatal destinada a controlar ou a coibir determinadas atividades, com vistas à defesa da saúde, da incolumidade, do sossego e da segurança da sociedade, inclusive, para o fim de proteger certas amenidades da vida e valores de cunho estético, como no caso dos gabaritos para a construção civil, leis de zoneamento, de proteção de mananciais, de segurança em edifícios e tantos outros. No entanto, tais restrições ou limitações à liberdade dos cidadãos tinham um caráter puramente negativo, ou seja, impedir malefícios maiores provocados por certo tipo de atividade, mostrando-se nitidamente insuficientes para dar conta da intrincada dinâmica dos mercados da atualidade, férteis na distribuição errática e aleatória de custos sociais (Cap. 7).

Daí a atribuição à propriedade de uma função social, dentro de uma visão não mais negativa, mas eminentemente positiva, segundo a qual não basta a ela deixar de gerar efeitos nocivos, mas deve promover benefícios ainda quando indiretos ao todo social. Trata-se do conceito jurídico de poder-dever, isto é, o poder dado ao titular de um direito como um instrumento para que ele cumpra o dever decorrente daquela titularidade. Passa-se a exigir dele, titular do direito, não apenas uma abstenção, mas uma ação, da qual, supostamente, advirão benefícios gerais, por exemplo, construindo um edifício ou plantando víveres em terras até então ociosas.

O marco jurídico da função social da propriedade é dado pela Constituição de Weimar, suprarreferida. O seu art. 153 declarava enfaticamente: "A propriedade obriga. Seu uso deve ao mesmo tempo servir o interesse da sociedade". A Lei Fundamental da Alemanha (*Grundgesetz*) de 1949 repete o mesmo dispositivo no

art. 14-2. O mesmo ocorre com o projeto de constituição da União Europeia, o qual, entretanto, não foi ainda adotado.

O Código de Urbanismo e Edificações da França prevê possibilidade de o poder público notificar o proprietário de um terreno ocioso para nele iniciar uma construção conforme o plano diretor, assinando-lhe normalmente prazo de dois anos ou, então, para que o coloque à venda dentro de seis meses. Caso não efetivada a venda, o terreno irá à hasta pública ou será desapropriado. Dispositivos semelhantes existem na Itália, Alemanha e outros países, em suas legislações urbanísticas ou agrárias. São exemplos de normas destinadas a dar efetividade ao princípio da função social da propriedade. O conceito, aplicável a todo tipo de propriedade, resulta de uma contribuição própria do Direito Econômico. No Brasil ensaiam-se os primeiros passos nesse sentido com a recente promulgação do Estatuto das Cidades e do novo Código Civil.

O mesmo conceito de função social aplica-se, com as devidas qualificações, à liberdade de contratar. Ela passa a sofrer restrições, pela ampliação da ideia de ordem pública, levando, no fundo, ao chamado dirigismo contratual, isto é, o estabelecimento de determinados parâmetros aos quais a liberdade contratual deve se conformar. Ressalte-se, a propósito, que dentro de uma das mais aceitas visões sobre a natureza da empresa, difundida pelo economista inglês Ronald Coase, ela, empresa, é encarada, basicamente como um feixe de contratos. Nessas condições se o acervo de propriedades da empresa (edifícios, maquinário etc.) deve ter uma função social, tal função será exercida por meio de contratos de toda a ordem, destinados a por em marcha as suas atividades (contratos de trabalho, de fornecimento, de serviços de compra e venda etc.). Consequentemente, tais contratos também deverão assumir uma função social. Com pequenas adaptações, essa visão também é aplicável à propriedade individual de cada um dos cidadãos e de suas famílias.

No campo da análise e interpretação da lei, elas passam a ser cada vez menos semânticas ou literais, e sempre mais teleológicas, quer dizer, voltadas às suas finalidades econômicas, em sentido amplo.

10.2 Quanto de Estado?

A estrutura jurídica dos sistemas econômicos mistos ou duais, apoiada, agora, não mais nas constituições garantia, mas nas constituições programa, coloca a problemática de delimitar ou definir a fronteira entre as áreas próprias a cada um dos seus dois centros decisórios. A tentativa não só é difícil, como se afigura de duvidosa viabilidade no plano teórico, pois a mais superficial observação histórica nos revelará que tal fronteira é por natureza movediça, dependendo não de recomendações *científicas* ou de *particulares visões* do que seria a ordem natural das coisas, mas de decisões políticas tomadas pelas diversas sociedades ao longo de sua trajetória histórica. E tais decisões soem inspirar-se diretamente nas doutrinas ou ideologias, seja qual for a sua coloração, a sua base teórica ou sua origem histórica.

Desde a revolução francesa por cerca de um século e meio, aproximadamente, predominou a doutrina liberal-utilitarista, muito embora nos últimos 60 anos sob forte assédio do socialismo coletivista. Entre os anos 20 e 30 do século passado, ganha terreno no mundo ocidental, a chamada *social-democracia* ou *intervencionismo*, enquanto na Europa oriental e em algumas nações asiáticas procurava-se implantar o regime de índole coletivista-estatal. Já a última década do mesmo século assiste a um refluir das soluções socializantes de diversas vertentes, com o remontar da maré liberalista, voltada a conter o Estado dentro de limites mais acanhados, ao que se tem chamado de *Estado mínimo*. Privatização, liberalização e desregulamentação têm-se constituído em balizas fundamentais no plano interno, com a globalização, querendo significar a livre circulação internacional de produtos e fatores, destinada a complementá-las no plano internacional. E por quais canais esse movimento de fluxo e refluxo de posições e de balanceamento entre os dois centros seria impulsionado?

A resposta é simples: por via política. É a natural rotatividade dos partidos políticos no poder, com seus programas, tendências e ideários, a responsável por tais oscilações, que são obviamente saudáveis, pois por meio delas corrigem-se os excessos de uma e de outra daquelas posições, desenvolve-se a criatividade de um e de outro lado na busca de soluções engenhosas e pragmáticas, isto é, despojadas de tons ideológicos mais fortes, além de, pela diuturna prática no trato de divergências, levar a uma redução do seu âmbito, da sua extensão e, sobretudo, da sua virulência.

Um exemplo típico desta última tendência é a constatação segundo a qual o que distingue um liberal nos dias atuais não é mais a sua rejeição à presença do Estado, mas sim as suas preferências quanto aos seus limites e às formas pelas quais ela se dá. Em grande parte, é em torno dessa grande questão das formas e limites para a presença do Estado que se diferenciam os ideários e programas dos partidos políticos no Ocidente, obviamente nos países mais maduros onde os partidos políticos de fato existam e atuem.

Pode-se, assim, estabelecer uma espécie de escala cromática da esquerda para a direita (terminologia derivada dos lugares ocupados pelos deputados na Assembleia francesa da época revolucionária). À extrema esquerda poder-se-iam identificar os comunistas, presos ainda à ideia de estatização total da economia. A seguir viriam os socialistas de vários matizes, mas com ênfase numa presença marcante do Estado, como regulador das atividades e responsável direto por várias delas em setores chaves, tais como saúde, infraestrutura social, algumas indústrias de base, além de uma política tributária ativa, voltada à distribuição mais intensa da renda. Essas forças ou orientações estavam cobertas pelo rótulo *esquerda* normalmente a elas atribuído, em que pesem a precariedade e a imprecisão de tais rótulos, aplicando-se aqui, ao décuplo, todas as advertências e ressalvas apresentadas no Capítulo 1 quanto às classificações.

O bloco seguinte, dito *de centro*, é naturalmente o mais difícil de definir, porque, pragmático, aceita soluções normalmente rejeitadas pelas posições de extrema, procurando combiná-las em proporções diversas. Há uma aceitação maior do mercado, mas é mantida uma preocupação com o seu controle, ainda quando por vias mais

indiretas, sobretudo quanto às grandes empresas e conglomerados, designados pelos americanos de ***big business***. É mantida também uma ênfase distributivista com base no chamado *welfare state*, sobre o qual se falará logo mais. A posição centrista, na realidade, é mais um agrupamento de correntes, o que parece normal em virtude exatamente de sua situação intermediária. Tem sido identificada por denominações diversas, tais como social-democracia, democracia cristã e social-cristianismo (principalmente na Bélgica e Holanda).

Prosseguindo, encontram-se os liberais, cuja linha não precisa ser detalhada pela sua fidelidade básica ao modelo descentralizado de sistema econômico e pela crença ideológica nas virtudes do mercado. A essência da doutrina continua sendo a defesa da liberdade utilitarista como um móvel eficiente para o progresso, e uma postura otimista quanto aos seus resultados, que levarão, inclusive, a um melhor atendimento das necessidades *sociais* da população e à razoável distribuição de renda, favorecida, também, pelo bom funcionamento dos mercados financeiros e de capitais – quando devidamente regulados – onde poupanças populares podem ser aplicadas. Dentro da visão liberal, o Direito Econômico seria fundamentalmente um direito da organização dos mercados destinado a aperfeiçoar a sua operacionalidade. Por isso aceitam a presença do Estado, em princípio, contido naquela sua primeira posição de corretor das principais disfunções ou inoperacionalidades de mercado. Aceitam-no também no seu papel de indutor ou fomentador do desenvolvimento, através do incentivo dado à iniciativa particular. Daí o nome neoliberalismo.

Há uma frase que fez fortuna entre os liberais. Ela retrata bem o espírito da doutrina: "o socialismo é muito melhor do que o liberalismo, nas intenções. Mas o liberalismo é muito melhor do que o socialismo, nos resultados". É uma síntese da filosofia utilitarista e mostra que para ela o otimismo não é propriamente um lado psicológico, mas sim um dado ideológico, da mesma forma que o é a crença arraigada na eficiência do Estado para o comunismo ou correntes socialistas dele mais próximas.

Seguindo agora francamente para a direita, vamos encontrar posições marcadas não mais apenas por uma visão *funcional* do sistema econômico. Aceitando ou não a maior ou menor presença do Estado, o seu enfoque é outro, muito mais abrangente, por entender inseparáveis o poder político e o econômico, devendo ambos amalgamarem-se a fim de assegurarem a consecução dos grandes fins nacionais e a manutenção de valores fundamentais da sociedade. Os fins são autojustificáveis, preestabelecidos e sujeitos a pouca discussão, estando ligados a uma visão de hegemonia política e/ou supremacia militar, de qualquer maneira, de afirmação nacionalista, para a qual os valores tradicionais cultuados representam o elemento de suporte e o traço de união entre os vários segmentos da sociedade, a se manterem permanentemente *integrados*. A preocupação será, pois, integrar a economia e a política numa visão totalizante, dentro da qual sobra pouco espaço ao pluralismo e à diversidade de posições, frequentemente vistos como sabotadores dos fins últimos da nação.

É fácil verificar como os extremos se tocam. A exacerbação integrista-nacionalista, não importa qual o seu fundamento – político, religioso ou militar –, [illegible]ar a um processo de centralização de decisões econômicas muito próximo daquele próprio das economias centralizadas de base declaradamente coletivista. Haja vista o exemplo da Alemanha do período nacional-socialista, apresentado no Capítulo 5.

Contrariamente às anteriores, as posições de direita – intermediárias ou extremas – não se agrupam em torno de uma denominação geral. Isto se deve ao seu caráter eminentemente nacionalista e à impositividade de seus objetivos, destinados mais à *colonização* do que à pura *expansão*. Por outro lado, tendem a se desenvolver sob a liderança de chefes nacionais, cada qual marcado por condições e carismas próprios, no mais das vezes conflitantes. São, em suma, mais *movimentos* do que doutrinas, são criados *ad hoc*, isto é, especialmente para lhes dar suporte e justificação. Exemplos: nazismo alemão, fascismo italiano, falangismo espanhol, integralismo brasileiro, justicialismo argentino, corporativismo português e tantos outros que vicejaram ao longo do século passado.

Estas, numa visão extremamente geral e, sem dúvida, superficial, as várias posições doutrinárias quanto às relações Estado-mercado, fulcro dos programas e ideários dos vários partidos políticos do mundo ocidental.

Os dois socialismos – Como uma observação adicional ao acima desenvolvido quanto às doutrinas econômicas, cabe distinguir entre o socialismo marxista e o socialismo ocidental não marxista. O primeiro parte da análise marxista – *plus valia*, exploração do proletariado, materialismo histórico etc. – e tem em mira a coletivização, pelo menos até certo ponto, dos bens de produção, pouco importando aqui que se aceite ou não a chegada ao estágio final, de caráter utópico, da verdadeira sociedade comunista.

O socialismo ocidental, muito embora admita boa parte da análise marxista, como contribuição científica, não adere ao marxismo como programa, como objetivo e como centralização do sistema econômico, mas advoga uma presença ativa e bastante ampla do Estado, inclusive na modalidade absorção, isto é, com o exercício da atividade empresarial pelo Estado em alguns tantos setores tidos como estratégicos.

Os dois liberalismos – Também no campo liberal podem-se distinguir duas visões bastante diversas: a do liberalismo utilitarista, que dispensa maiores comentários por já ter sido analisada em maior extensão e a do liberalismo de inspiração kantiana, representado atualmente por Rawls e Dworkin, os quais veem a liberdade como requisito essencial do sistema e, pois, imperativa em sua implantação concreta a fim de todo o cidadão poder desfrutá-la, ainda quando limitadamente. Liberdade, portanto, não apenas formal, mas concreta, por lhe permitir ter um mínimo de objetivos próprios *livremente* escolhidos e as condições econômicas necessárias para implementá-los. Daí a aceitação de uma presença maior do Estado na área distributiva para garantir tais condições mínimas de liberdade, tipo *Welfare State*, o que o aproxima da social-democracia. Trata-se, em suma, da velha distinção

entre liberdade formal (jurídica) e liberdade real ou efetiva (econômica), como já discutido no Capítulo 8.

Justiça e liberdade – Como fins da política econômica note-se que, conforme as circunstâncias históricas e as condições de caráter sociocultural, as duas liberdades podem se aproximar ou se afastar uma da outra. A liberdade vista como poucas peias à iniciativa econômica não parece ser, em princípio, incompatível com a justiça, vista como melhor distribuição de renda, mas para isso depende de uma série de condições de caráter sociocultural.

O mesmo regime liberal vigente para todo o País por mais de um século no Brasil, entre 1808 e 1822 até 1930/1940, gerou uma elevada concentração de renda no Norte e Nordeste e uma razoável distribuição de renda no Sul. Até o fim daquele período, praticamente não havia favelas em nenhuma das grandes cidades do Sul. Das levas de imigrantes chegados a esta região até a segunda guerra mundial, na sua maioria pobres, é estatisticamente desprezível a parcela que, em uma geração, não se havia integrado aos padrões da classe média. A partir daí, a situação altera-se, em grande parte, devido à explosão demográfica do País. É fora de dúvida, porém, que em todos os países em que a justiça social experimentou progressos a presença do Estado colocando alguns limites à liberdade econômica pode ser notada, o mesmo valendo para o Brasil, por exemplo, com a legislação trabalhista e, mais recentemente, com fortes subsídios sociais, o que parece natural, uma vez que o País encontra-se numa fase mais favorável em termos de crescimento econômico.

Para finalizar, repita-se ser a questão relativa ao "*quanto de Estado*" insuscetível de resposta científica. Como dito, trata-se de uma opção política da sociedade e ela tenderá a combinar as parcelas de Estado e mercado nas proporções que se lhe afigurem desejáveis ao longo dos diferentes estágios de sua trajetória histórica. A ninguém é dado deter a chave do entendimento ou da solução do problema para se arvorar em decisor final. Poderá com todas as suas forças tentar convencer os seus concidadãos quanto aos benefícios ou aos malefícios quer de uma, quer de outra posição, mas aí estará no campo da ideologia e não no da ciência. A ideologia é a matéria-prima da doutrina. Esta última, no fundo, vem a ser uma ideologia bem vestida pela roupagem do conhecimento.

10.3 Onde o Estado?

Vista a variabilidade de posições da presença estatal no sistema econômico, resta saber em quais dos seus setores ela se faria mais necessária. Aí também a decisão é de cunho eminentemente político. Prende-se, ademais, a características próprias a cada povo de suas características culturais e psicológicas, além de suas vicissitudes históricas. No entanto, duas grandes linhas de ação estatal podem ser identificadas: uma nos países já desenvolvidos e outra nos subdesenvolvidos ou em processo de desenvolvimento.

O Welfare State – Nas nações maduras, os Estados têm agido primordialmente no campo do bem-estar social, conhecido como *Welfare State*. Este nada mais vem a ser do que um conjunto de instituições cujo objetivo é assegurar aos cidadãos um mínimo de atendimento às necessidades, particularmente no campo da saúde e saneamento, da educação e cultura, da seguridade social e, consequentemente, na orientação do aparelho produtivo à geração dos bens e serviços correspondentes. Integram o quadro institutos tais como o do seguro desemprego e os chamados programas de renda mínima, onde se inclui o conceito de imposto de renda negativo, ou seja, ao invés de pagar, aquele que recebe abaixo de um nível mínimo faz jus a uma compensação. Naturalmente todos esses programas são custeados por uma tributação diferenciada, a fim de captar os recursos de forma racional e sem gerar outros tipos de desigualdades ou distorções.

Assinale-se que desde há cerca de duas décadas o chamado neoliberalismo, decorrente do chamado *consenso de Washington*, *colocou o "welfare state"* sob fogo cerrado, rotulando-o inclusive de *falido*. No entanto, críticas mais recentes àquela tendência neoliberal tanto sob o aspecto teórico, quanto empírico – tem reabilitado, em parte, o ideário do Estado do bem-estar, de maneira que a questão está longe de se ter por resolvida, sequer equacionada, cingindo-se hoje em dia na contenção de alguns excessos ou exageros do *welfarism*.

O Estado desenvolvimentista – Nos países de economia ainda por desenvolver, claramente, a ação estatal concentra-se nesse desiderato. São múltiplas e diversas as tarefas neste campo, cuja análise, no entanto, será deixada para o capítulo referente ao desenvolvimento econômico (Cap.17).

Como se vê, no chamado Primeiro Mundo, o setor decisório público é de cunho distributivista; no segundo, de cunho prevalentemente produtivista, isto é, voltado ao crescimento e à melhora da produção. Como assinalado, trata-se de duas linhas de ação estatal, não se entrando aqui na discussão dos setores onde ela possa se concentrar, o que levaria a uma discussão longa e estéril.

Quanto a este aspecto, assinale-se também que a ênfase produtivista tem repousado mais na direção – sob a forma de regulação do que na absorção. Ou seja, tem havido uma maciça privatização de entes e empresas estatais, substituídas por mecanismos de acompanhamento e controle estatais tanto mais intensos e abrangentes quanto maiores as imperfeições dos mercados onde antes atuavam as empresas estatais. Para tanto tem-se dado grande ênfase às chamadas *agências reguladoras independentes ou autônomas*, como o são no Brasil a ANEEL, a ANATEL, a ANP ou a ANA. (Agência Nacional de Energia Elétrica, Agência Nacional de Telecomunicações, Agência Nacional do Petróleo, Agência Nacional de Águas). Isto se deve também ao fato de atividades vistas antes como *monopólios naturais* (ver Cap. 7) admitirem hoje em dia algum grau de concorrência, sobretudo em decorrência de progressos tecnológicos nos respectivos setores.

10.4 As inoperacionalidades do sistema dual

A descrição acima apresentada dos sistemas mistos ou duais poderia levar a crer ter-se chegado à perfeição em termos de reorganização econômica das sociedades

modernas, pois eles combinam a criatividade e o dinamismo do mercado à ação estatal supridora das suas deficiências, voltada, ao mesmo tempo, a implementar alguns objetivos mais amplos fora do alcance dos particulares. Mas não é assim. Como todo mecanismo, ele também se ressente de imperfeições e vulnerabilidades. Elas decorrem, fundamentalmente, do problema da discrepante forma de comportamento dos seus dois setores componentes – o público e o privado – e, por consequência, da precária e imperfeita reação deste último às medidas de política econômica emanadas daquele.

São seis as principais causas desse insatisfatório funcionamento:

Princípios motores diversos – O setor privado foi estruturado sobre o princípio do hedonismo, e quando recebe o impacto regulamentador do Estado é obrigado a se comportar contra aquele princípio, como ocorre quando uma pesada tributação lhe é imposta ou quando é obrigado a adotar medidas antipoluentes ou, ainda, quando é levado a praticar preços abaixo daqueles tidos como de mercado.

Esta discrepância nas lógicas próprias de funcionamento do setor público e do setor privado prende-se ao conceito de *autopoiese*, desenvolvido, em princípio para a biologia e segundo o qual os vários sistemas são fundamentalmente autônomos e tendem a se reproduzir em seus elementos, com base em referenciais próprios e, assim, qualquer modificação introduzida de fora em um sistema é trabalhada por ele segundo o seu referencial, diverso do referencial do primeiro. Em suma, pretensões ou exigências externas não se convertem necessariamente em efeitos internos diretamente produzidos, mas apenas são filtradas de acordo com um critério de seleção inerente ao próprio sistema e assim recicladas segundo a sua lógica interna. O Direito como sistema instrumental da Política não conseguirá impor à Economia de base hedonista padrões exógenos a ela, mas apenas injetar-lhe estímulos para serem processados endogenamente segundo a sua mecânica característica. No dizer de Beer as normas jurídicas não modificam de modo algum as instituições sociais, mas apenas lançam um novo desafio para a adaptação autopoiética destas últimas. Tal teoria foi desenvolvida pelo sociólogo do Direito Günther Teubner na Alemanha.

Juridificação – Esse é o nome dado ao fenômeno da multiplicação das normas legais e regulamentares cuja tendência é a de criar uma babel normativa, dificilmente absorvível pelo mercado, gerando crises de absorção, de má adaptação e de rejeição. Ademais disso, a juridificação produz-se por inúmeras fontes normativas, dispersas e desconexas, cada qual refletindo a visão e os móveis próprios de um ente regulador. Com isso, a capacidade de assimilação de todo o conjunto normativo fica comprometida, prejudicando-se, também, os resultados esperados.

Captura – Sem dúvida, o processo regulatório engendra uma dinâmica toda especial entre os reguladores e os regulados. Os contatos devem ser estreitos, sobretudo em função de dados e informações a serem necessariamente supridos pelas unidades reguladas às agências estatais, inclusive quanto a eventuais dificuldades ou impossibilidade de cumprimento das normas editadas. Dessa intrincada dinâmica, pode, muitas vezes, surgir o fenômeno da captura, quando as exigências regulamentares passam a se amoldar às conveniências e interesses das unidades reguladas ou de algumas delas. Um exemplo típico é o da introdução de padrões exageradamente estritos de qualidade ou de segurança para certos setores, a tal ponto de apenas uma ou duas empresas poderem atendê-los, propiciando para estas uma posição de mono ou oligopólio, sendo tais padrões *sugeridos* pelas mesmas unidades reguladas.

Interesses próprios dos reguladores – Por outro lado, em muitos casos, as agências oficiais desenvolvem objetivos próprios, à ilharga daqueles originalmente a elas assinados, tais como o prestígio, a carreira de seus membros, a influência sobre outros órgãos, o poder e assim por diante. Tais objetivos *parasitas* podem acabar minando o empenho original no cumprimento dos seus objetivos *oficiais*, aqueles para os quais elas foram criadas, desviando-as, portanto, de seus papéis no conjunto do sistema econômico.

Grupos de pressão – Também chamados grupos de interesse ou *lobbies*. Eles não são um mal em si, não são destituídos de razão de ser, nem se limitam apenas ao plano econômico, muito embora este seja o seu *hábitat* por excelência.

Com efeito, os legisladores e aplicadores das normas regulamentares precisam saber quais delas são necessárias e quando. Existe uma *procura* por legislação, por parte dos vários setores do mercado, respondida pelos políticos e legisladores com a *oferta* de dispositivos legais. Esta procura pode ser legítima ou pode apenas visar ao aumento da lucratividade de quem a exerce às custas da comunidade. Os exemplos são inúmeros, podendo-se citar a elevação da tarifa aduaneira para reservar o mercado aos produtores nacionais ou, a reverso, a eliminação de uma mesma tarifa para aumentar o lucro dos importadores do bem em questão ou de seus fabricantes estrangeiros. A ação dos grupos de pressão é difusa, sendo os menores, interessados em objetivos específicos e delimitados, os mais agressivos e eficazes, pois para eles tais objetivos se apresentam como *bens exclusivos* e, portanto, de *interesse individual* e não como *bens coletivos* a despertar apenas *interesses difusos*. (ver Cap. 6). Vale o exemplo acima: a elevação da tarifa aduaneira é um interesse individual de dois ou três fabricantes locais. A elevação geral do nível tarifário é um interesse difuso de todos os produtores nacionais e, portanto, mais difícil de ser implementada.

Poder da burocracia – Em todas as agências, inclusive as dotadas de conselhos com representantes dos vários grupos envolvidos no assunto, diversos estratagemas, como, por exemplo, a elaboração da pauta ou agenda das reuniões com a sequência das votações ou a troca de votos (*logrolling*) podem levar a resultados não plenamente legítimos. Firma-se aí a influência da máquina burocrática, a qual pode conduzir o processo de edição de medidas de acordo com suas preferências ou com as dos grupos de pressão que os tenham influenciado.

Sem pretender recuar demais na História, pode-se identificar uma interessante contribuição do matemático e humanista francês Condorcet, apresentada em 1785, na própria época em que se implantava o liberalismo político, quando, *et pour cause*, ele se debruçou sobre o problema do processo de votação, descobrindo um paradoxo, que leva o seu nome, destinado a levantar sérias dúvidas sobre o princípio majoritário para a tomada de qualquer decisão coletiva.

Suponham-se três indivíduos ou grupos chamados *I*, *II* e *III*, aos quais sejam submetidas três proposições diversas para serem votadas: as alternativas *A*, *B* e *C*.

Cada indivíduo ordenará hierarquicamente as referidas propostas segundo suas preferências e, assim, ter-se-á de forma esquemática:

Indivíduos	Ordem das proposições
I	A – B – C
II	B – C – A
III	C – A – B

Sendo a decisão tomada por voto majoritário e as alternativas apresentadas aos pares, ver-se-á que para qualquer votação todas elas poderão ganhar e todas poderão perder, pois *A* é preferida a *B* por uma maioria de dois terços; *B* é preferida a *C* também por uma maioria de dois terços; mas *C* é preferida a *A* pela mesma margem. Criou-se o que Condorcet chamou de *ciclo*, revelando uma intransitividade que torna impraticável qualquer escolha apta a reproduzir fielmente as preferências individuais ou grupais. Mas essa situação não significa a impossibilidade de uma decisão formalmente factível. Basta que o controlador da agenda faça a votação por chaves eliminatórias, no caso, duas fases ou turnos, com a eliminação da proposta perdedora no turno anterior. Nessas condições, seriam submetidas, por exemplo, aos eleitores para uma decisão eliminatória as propostas *A* e *B*, vencendo, naturalmente, a primeira, com a eliminação de *B*. A seguir, seriam então apresentadas as alternativas *A* e *C*, com a escolha definitiva de *C*.

É imediata a constatação de que o resultado poderia ser inteiramente diverso caso a ordem de submissão das alternativas fosse outra, começando por *A* e *C*, quando, então, esta última predominaria no primeiro turno, mas seria suplantada no segundo, com a vitória final de *B*. Esta observação revela outro ponto importante: o poder de que passa a dispor, em situações da espécie, a pessoa ou o grupo encarregado de preparar a agenda de votação, pois poderá organizá-la de tal forma a conduzir ao resultado desejado ou adrede encomendado.

Como tem sido frequentemente observado, na prática, mesmo quando a decisão é tipicamente política, isto é, tomada por um corpo de representantes eleitos, a agenda de apreciação e votação é previamente preparada pela burocracia, o que dá a esta última um poder decisivo em certas situações, poder esse que não deve ser negligenciado.

10.5 A crise da regulação

Todas as vulnerabilidades acima brevemente apontadas levaram à chamada *crise do processo regulatório da economia*, vista por alguns, com evidente exagero, como a falência do *Welfare State*, a significar a falência do próprio sistema dual e com ele do seu instrumento próprio, o Direito Econômico.

A crise está, porém, a evidenciar a existência de falhas e inoperacionalidades também no sistema dual, o que, por óbvio, não é de espantar, pois, como todo mecanismo inventado pelo homem, ele não é perfeito, como não o são os demais. E é, justamente, a constatação desses percalços que tem em grande parte motivado o movimento de desregulamentação já apresentado neste capítulo. No entanto, como visto no Capítulo 7, as falhas do mercado são incontornáveis e permanentes. Da mesma forma, seria politicamente irrealista abdicar o Estado de colocar para o sistema econômico um padrão mínimo de desempenho.

Em princípio, é possível e mesmo desejável um processo de desregulamentação e de privatização, inclusive pelo incremento de técnicas de terceirização. É forçoso, no entanto, perceber a existência de limites para tal processo. À medida que ele avança, os inconvenientes do excesso de liberalização se farão sentir e a *demanda política* por maior ação reguladora se fará sentir. Como ignorar o problema ambiental? E o da concentração econômica? E o atendimento às necessidades mínimas dos não absorvidos pela globalização? Além do mais, esta última, à medida que passe a envolver não apenas empresas isoladas, mas segmentos inteiros do mercado, não apenas nações, mas blocos de nações, exigirá uma infraestrutura de serviços governamentais bem mais ampla e diversificada, a fim de suprir os bens coletivos para o processo de integração, como já se vê na Comunidade Europeia e em outros blocos.

Em suma, a fronteira entre o setor público e o privado, entre a decisão institucional e a de mercado não parece estar pacificada. Ela continuará sendo movediça, mal definida e conturbada.

No entanto, o enunciado acima das falhas ou inoperacionalidades do processo decisório extramercado merece um tópico especial sobre uma questão aparentemente paradoxal: nos dias de hoje existe, mesmo em sua plena acepção, um mercado? É realista a dicotomia entre decisões nele tomadas *versus* decisões institucionais?

10.6 O caráter cíclico das ideologias – um exemplo recente: o Consenso de Washington

Uma série de coincidências ocorridas no campo político levou, por volta da década de 80 do século passado, à consolidação de uma tendência marcadamente liberal, que acabou por predominar na política econômica do Ocidente desde então, mas que foi bruscamente interrompida no final da primeira década do presente século (2008/2009).

A principal daquelas coincidências foi a vitória eleitoral, em dois países de extraordinário peso na economia mundial – Estados Unidos e Inglaterra –, de forças políticas nitidamente neoliberais, associada a uma acentuada deterioração nas condições econômicas e políticas do país líder dos sistemas de cunho centralizado ou estatizante – a então União Soviética.

Por óbvio, ambos esses eventos não se deram por acaso, mas tiveram causas, próximas e remotas, que foram amplamente analisadas e explicadas. Não vem, porém, a talho, no âmbito deste livro, discorrer sobre elas. O que importa é constatar o fato de que ambos aqueles acontecimentos acabaram por levar à cidade de Washington um grande número de altos funcionários governamentais, além de diplomatas, técnicos e membros de organizações internacionais, como, por exemplo, o Fundo Monetário Internacional, todos eles nomeados por governos

comprometidos e identificados com as linhas mestras do neoliberalismo. Além dos Estados Unidos, da Inglaterra e de outros países ocidentais, o próprio bloco oriental, já desvinculado de suas convicções estatizantes mais arraigadas, também estava presente. Ademais, disso, a menos de uma hora de voo, em Nova York, encontravam-se, como ainda se encontram, a sede das Nações Unidas e o quartel general das grandes empresas multinacionais e das diversas associações do setor privado americano e mesmo internacional.

A ocasião e o ambiente foram propícios a uma série de debates e trocas de ideias, seja formais, em congressos e reuniões de cúpula daqueles órgãos, ou mesmo informais, em eventos diplomáticos ou sociais, que acabaram levando a um consenso de que o modelo do *welfare state* havia se esgotado, gerando mais encargos e custos para a população do que benefícios para os realmente necessitados, e, ainda, de que o mesmo ocorria com o avantajamento do setor público da economia, povoado por pesadas e dispendiosas empresas estatais e por grande número de agências e órgãos reguladores, cujas diretrizes e regulamentos impunham custos crescentes ao setor privado, tolhendo-lhe o natural dinamismo e flexibilidade.

Esse o chamado Consenso de Washington, do qual se originaram aquelas quatro grandes diretrizes ou palavras de ordem: liberalizar, desregular, privatizar e, é claro, globalizar.

Estava introduzido e implantado o neoliberalismo. Ele tranquilamente dominou, avançou e perdurou por cerca de duas a três décadas até que, de inopino, a crise do sistema financeiro americano de fins de 2007 e 2008 vertiginosamente espalhou-se pelo mundo, configurando uma situação cuja gravidade a aproximou da tristemente célebre crise de 1929, mas cujos efeitos se estenderam por toda a década de 30.

A grande diferença entre ambas não se deu no campo do mercado, mas sim no outro lado, o lado do Estado, cujos governos, agora, abriram todos os seus cofres para lançarem à circulação trilhões de dólares destinados a reanimar os mercados, além de se prepararem para uma volta à antiga regulação pública. E é interessante ressaltar que países antes criticados por ainda terem economias bastante reguladas passaram a ser apontados como os mais bem preparados para sair da crise e partir para uma recuperação mais rápida. Foi o caso, entre outros, do Brasil.

Forma-se, assim, neste início da segunda década do século, um novo consenso: o de que o Consenso de Washington se desfez. E, muito provavelmente, assistir-se-á a uma retomada da presença estatal na economia, o que, por óbvio, não significará apoucar o mercado, mas sim dar-lhe maior firmeza, credibilidade e estabilidade.

Um segundo consenso, firmado há já bastante tempo, mas que ora se reforça, é o de ver o papel do Estado no sistema econômico como algo de habitual e permanente, não como excepcional. Essa presença não se destina a encurralar os agentes privados e, portanto, agir contra o mercado, mas, pelo contrário, favorecê-lo, inclusive para o bom desempenho de sua função social. Variarão, sempre, as decisões a respeito do quanto de Estado deva haver no conjunto da economia e aquelas referentes às suas principais áreas de atuação. Mas as discussões a respeito tendem a focar cada vez mais os aspectos técnicos e operacionais dos sistemas econômicos, deixando de lado aqueles de conotação puramente ideológica, como, aliás, já acima enfatizado. Por outro lado, o processo de globalização da economia ao disseminar para o mundo os efeitos daquilo que ocorre em uma ou em poucas nações, passa a exigir um acompanhamento muito mais minucioso dos governos, inclusive no sentido de solidificar as empresas nacionais – as ditas campeãs – para enfrentar a concorrência das campeãs de outros países.

10.7 Todo o mercado é mercado?

Até agora se tem seguido um raciocínio direto e cartesiano, separando nitidamente o Estado do mercado – a decisão política e a decisão puramente mercantil, esta baseada na constelação de preços colocada diante do decisor; aquela como uma ordem ou um induzimento ao qual ele deveria se submeter. A decisão política pressupõe, como visto, algum planejamento, em tese ausente do setor mercado pelo menos em maior extensão.

O mundo moderno alterou esta visão plácida e impessoal do mercado. Na realidade, não se deveria ou não se poderia falar sempre de mercado, mas sim de setor privado, como gênero, o qual se biparte em dois subsetores: o de mercado propriamente dito e o de planejamento. O que isto quer dizer?

A evolução tecnológica, inclusive nas técnicas de computação e de planejamento, e o fenômeno da concentração levaram nas últimas décadas ao surgimento das chamadas megaempresas, conglomerados enormes, espalhados pelo mundo, contando em seus quadros dirigentes com sumidades intelectuais, várias provindas do próprio setor público, de sorte a poderem exercer com alto grau de proficiência o seu planejamento estratégico. Tal planejamento envolve, inclusive, a *criação* de mercados pelo condicionamento psicológico da propaganda e pelas técnicas de *marketing* e *merchandising*, entre tantas outras. Envolve, igualmente, a definição antecipada de alternativas frente a diferentes *cenários* públicos – as possíveis medidas de política econômica.

No caso brasileiro, o sistema de previdência social, contemplando, ainda, a aposentadoria por tempo de serviço, embora atenuada, facilita a drenagem de cérebros do setor público para o privado. Assim, eminentes juízes passam ainda jovens a aplicar a sua experiência e talento na advocacia de empresas; técnicos e diretores do Banco Central transformam-se em dirigentes de instituições financeiras privadas; reitores de universidades públicas vêm dirigir redes privadas de ensino. Se nada há de imoral em si, estas "transfusões" de recursos humanos levam consigo a visão e a índole do planejamento estatal de longo prazo para as maiores unidades do setor privado, diferenciando-as nitidamente das demais integrantes do mercado propriamente dito.

A esse subsetor planejado do setor privado contrapõe-se outro, este realmente ainda afeiçoado às práticas e reações típicas do mercado, ou seja, baseado nos preços. Ele é formado por um enorme número de unidades, na agricultura, no comércio, nos serviços e também na indústria e nas finanças, quando não chegam a ser ou a integrar a megaempresa.

Ora, nessas condições, parece evidente que uma medida de política econômica impactará de maneira muito diferente aqueles dois subsetores do setor privado: o primeiro planejado, preparado para reagir a ela dentro de uma estratégia já minuciosamente traçada, o segundo colhido – de surpresa ou não – mas, sem condições de

contorná-la, ou dela se esquivar ou, ainda, de convertê-la num elemento favorável à sua política de negócios.

Tão importante este novo quadro estrutural do sistema econômico que o economista canadense John Kenneth Galbraith entendia estar superada a clássica distinção setor público/setor privado. A distinção deve ser: setor de planejamento e setor de mercado, o primeiro deles englobando tanto a área pública quanto a privada composta pelas megaempresas, por incrível que pareça, mais afins entre si do que com o velho e tradicional mercado.

Não é necessário expandirmo-nos em exemplos. Basta lembrar que uma medida severa de restrição de crédito poderá afetar drasticamente uma cadeia local de distribuidores de eletrodomésticos. Já um grande conglomerado terá condições de contorná-la mobilizando recursos dos mais diversos setores onde opera, inclusive do exterior.

Este o quadro novo e desafiante do sistema econômico neste início de século XXI.

Mais uma vez, cabe aí um apelo à Nova Economia Institucional, como se verá no Capítulo 20.

SÍNTESE E CONCLUSÕES

1) O sistema econômico dual ou misto implicou profunda modificação no quadro jurídico do mundo ocidental.
2) No campo constitucional, as cartas políticas deixaram de se limitar às garantias individuais e à organização do Estado para incluírem direitos de caráter econômico e dito *social* e a implícita ou explicitamente contemplar programas para o aperfeiçoamento do sistema econômico.
3) Surgem ramos novos do Direito, voltados para setores específicos da atividade econômica, tais como o urbanístico, o energético, o ambiente e tantos outros.
4) Firma-se o conceito de Direito Econômico, que tanto pode ser visto como um ramo jurídico, quanto como um método de análise e interpretação do Direito.
5) O mero poder de polícia, na sua visão administrativista-liberal, cede lugar ao conceito de função social da propriedade, segundo o qual ela é vista como um poder-dever. O mesmo se aplica ao princípio da liberdade contratual.
6) A lei perde o seu sentido meramente literal para ser interpretada funcional e finalisticamente.
7) O sistema dual comporta controvérsias sobre o quanto de Estado e o quanto de mercado e sobre onde o Estado, isto é, em que setores ele deva atuar. Não há respostas conclusivas para ambas as questões.
8) O sistema dual ou misto também apresenta inoperacionalidades:
   8.1) Princípios motores – Os dois setores subsistem, mas trabalham movidos por princípios motores diversos e o de mercado não absorve bem as incursões vindas do público.
   8.2) Juridificação – A proliferação de leis e regulamentos na esfera econômica gera um emaranhado normativo, dificilmente assimilável e operacionalizável pelo mercado.
   8.3) Grupos de Interesse – De difícil controle, atuam tanto mais eficientemente, quanto menores em número e específicos em seus objetivos, de obter normas que os favoreçam.
   8.4) Interesses dos reguladores – As agências normativas tendem a desenvolver visões e interesses próprios, nem sempre afeiçoados às finalidades originais para as quais foram criados.
   8.5) Captura – Os grupos regulados acabam por influir em várias das decisões tomadas pelos reguladores, por entes ou agências reguladoras, procurando capturá-los a seu favor.
   8.6) Poder burocrático – Tende a se avantajar, sobrepondo-se, em certos casos, ao poder político.
9) Nem todo o setor privado pode ser visto como submisso às regras do mercado. As chamadas megaempresas e os grandes conglomerados libertam-se do férreo jugo do mercado e o transcendem, usando, na realidade, métodos de planejamento estratégico que os distanciam das demais empresas e os aproximam do setor público.
10) O chamado Consenso de Washington, que prupunha uma volta ao liberalismo, sofreu a partir da crise do sistema financeiro de 2008 uma interrupção, deixando o mundo econômico a procurar novas formas de interação e de convivência entre os setores público e privado.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA

ALBINO DE SOUZA, M. P. *Primeiras linhas de direito econômico*. Belo Horizonte, 1991.
BRASSEUL, J. *"Petite Histoire dês Faits Économiques"*. Paris: 2010, Caps. 4 a 7.
BOBBIO, Norberto. *Della strutura alla funzione*. Torino, 1987.
______. *Ne con Marx, ne contro Marx*. Roma, 1997.
COMPARATO, F. "O indispensável direito econômico", *RT* 353. São Paulo, 1965.
FARIA, J. F. *Direito econômico na democratização brasileira*. São Paulo, 1993.
GALBRAITH, J. K. *A era da incerteza*. Trad. São Paulo, 1980.
GONÇALVES FILHO, M. F. *Direito constitucional econômico*. São Paulo, 1990.
GOLWIN, R. and SCHAMBRA, A. eds. "How Capitalistic is the Constitution?" *The Constitution, Capitalism and the Need for Rationalized Regulation*. Washington, 1982. Cap. 4.
GRAU, E. R. *Contribuição para a interpretação e a crítica da ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo, 1990.
______.*Elementos de direito econômico*. São Paulo, 1981.
NUSDEO, F. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo, 1995.
RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. Trad. Brasília. 1985.
SALOMÃO FILHO, C. "Função Social do Contrato: primeiras anotações". *RT* 823/67. maio, 2004.
______. *Regulação de Atividade Econômica. Princípios e Fundamentos Jurídicos*. São Paulo. 2001.
SAMPAIO FERRAZ JR., T. *Constituição de 1988 – Legitimidade, vigência, eficácia e supremacia*. São Paulo, 1989.
THUROW, L. C. *O futuro do capitalismo*. Trad. São Paulo, 1997.
VIDIGAL, G. C. *O objeto do direito econômico*. São Paulo, 1976.
WEBER, M. *Economia e sociedade*. Trad. São Paulo, 2004.